International Journal of Advanced Engineering Research and Science (IJAERS)
Peer-Reviewed Journal
ISSN: 2349-6495(P) | 2456-1908(O)
Vol-10, Issue-1; Jan, 2023
Journal Home Page Available: https://ijaers.com/
Article DOI: https://dx.doi.org/10.22161/ijaers.101.2

International Legal Cooperation in Criminal Matters: Principles and Aspects Related to the Production of Evidence Abroad

Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal: Princípios e Aspectos Relacionados à Produção Da Prova No Estrangeiro

Eloisa de Sousa Arruda, Silvio José Farinholi Arcuri

Doutora em Direito das Relações Sociais, área de concentração Direito Penal, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); Professora de Direito Processual Penal da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (graduação e pós-graduação); Professora nos cursos de especialização da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo e da Escola Paulista da Magistratura; integrou o Ministério Público de São Paulo de 1985 a 2017. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-1680-4236
Doutorando e mestre em Direito Processual Penal pela PUC-SP. Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal na Universidade Positivo. Advogado. ORCID: 0000-0002-1631-2776

Received: 03 Dec 2022,
Receive in revised form: 29 Dec 2022,
Accepted: 07 Jan 2023,
Available online: 15 Jan 2023

Keywords— ***international legal cooperation in criminal matters; letter rogatory and direct assistance. framework of guarantees; effectiveness of criminal evidence; procedural principles.***

Palavras-chave— ***cooperação jurídica internacional em matéria penal; carta rogatória e auxílio direto. marco de garantias; eficácia da prova penal; princípios processuais;***

Abstract— *The article discusses the international legal cooperation for obtaining evidence in criminal proceedings and shows the modalities admitted in Brazilian Law. It approaches the criteria for achieving the effectiveness of criminal evidence produced abroad, addressing principles, aspects, and communicative channels of international legal cooperation for its production.*

Resumo— *O artigo discorre sobre cooperação jurídica internacional para obtenção de provas no processo penal e apresenta a modalidades admitidas no Direito Brasileiro. Faz uma abordagem dos critérios para que se alcance a eficácia da prova penal produzida no exterior, abordando princípios, aspectos e canais comunicativos de cooperação Jurídica internacional para a sua produção.*

I. INTRODUÇÃO

Fenômenos advindos na contemporaneidade, como a globalização, o surgimento das sociedades complexas, a velocidade da informação e do consumo, o incremento de novas tecnologias e a crescente movimentação de pessoas para um "mundo sem fronteiras", quando se denota 5,3 bilhões de pessoas ligadas à *internet*, potencializaram formas de criminalidade organizada tais como o tráfico

internacional de drogas, de armas e de pessoas, o terrorismo, a lavagem de dinheiro e outros delitos transnacionais.

Assim, como pondera Giacomolli[1], as atividades criminosas se fizeram difusas, voláteis, para abarcar diversos locais, com alto grau de mobilidade. A criminalidade inteligente passou a utilizar a velocidade dos mecanismos de comunicação, as facilidades de circulação, organizando-se em redes, com vínculos territoriais, internos e transfronteiriços, sem marcos territoriais (embora se utilizando das fronteiras), mas com técnicas sofisticadas. O cérebro trabalha em redes, com vários centros de processamento de decisões.

A nova realidade, pela expansão das condutas geradoras de riscos, motivou uma resposta igualmente expansiva do Direito Penal. Além disso, impactou a atividade jurisdicional que precisou rever e ampliar o âmbito do processo penal "clássico", utilizando-se de novos instrumentos com objetivo da produção da prova penal.

Nesse sentido, por meio de acordos bilaterais, tratados regionais e multilaterais, ou com base em promessas de reciprocidade, os países foram criando mecanismos de mútua cooperação, judiciais ou não[2], para a troca de informações e desenvolvimento de suas atividades de controle com maior eficiência.

Por outro lado, a necessária criação de novas possibilidades para um processo penal mais efetivo e aplicável num mundo sem fronteiras[3], fez criar o seu grande desafio na contemporaneidade, no sentido de fazer cumprir os primados da efetividade somada ao garantismo, ainda que se trate de casos penais que envolvem os bens jurídicos supraindividuais ou coletivos, sem jamais perder de vista os diretos humanos dos acusados.

Nessa ordem de ideias, a matéria da prova penal, em casos de cooperação jurídica internacional, deverá respeitar padrões internacionais, havidos como universais, de Direitos Humanos também pautados em normativas internacionais.

Deve criar-se, portanto, um mecanismo de respeito ao devido processo legal ou "cadeia de custódia" na produção da prova penal no exterior, com respeito às garantias individuais dos acusados de crimes, mantendo-se o padrão de "processo justo".

II. CONCEITO E PRINCÍPIOS DA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL. O PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A cooperação jurídica internacional "é um instrumento por meio do qual um Estado pede a outro que execute decisão sua ou profira decisão própria sobre litígio que tem lugar em seu território"[4]. Engloba, contudo, termos como "assistência, ajuda ou auxílio mútuo" internacional. O intercâmbio pode se dar não somente entre órgãos judiciais, como também entre órgãos judiciais e administrativos de Estados distintos.

No Brasil, o Código de Processo Penal, em matéria disciplinada a partir de seu artigo 780, reporta-se a homologação de sentenças estrangeiras e às cartas rogatórias, que não serão cumpridas quando contrárias a "ordem pública e aos bons costumes". Não há também melhor previsão no Projeto 156/2009, e nem mesmo uma legislação específica e geral de cooperação jurídica internacional.

Nesses moldes, os dispositivos legais que versam sobre a cooperação jurídica internacional no Brasil encontram-se fragmentados, sobretudo em textos de tratados internacionais firmados pelo país.

A manutenção de relações com Estados estrangeiros é de competência privativa do Presidente da República, a teor

---

[1] GIACOMOLLI, Nereu José. "Valoração da prova no âmbito da cooperação jurídica internacional", in Prado, Geraldo *et al.* Prova Penal. Empório do Direito, Florianópolis, 2015, p. 52.

[2] Segundo Marcio Adriano Anselmo: "o incremento da cooperação internacional em matéria penal fez surgir uma série de mecanismos e formas de cooperação internacional". Dentre eles: 1) cooperação direta policial; 2) cooperação entre Unidades de Inteligência Financeira; 3) cooperação entre autoridades fiscais; 3) cooperação entre Promotorias; 5) rede Ibero-Americana para Troca de Informações; 6) consularização de documentos. ("Lavagem de dinheiro e cooperação jurídica internacional", Editora Saraiva, 2013, p. 137).

[3] "Essa nova ordem mundial (SHAUTHER) carece de uma regulamentação complexa, para além do doméstico e ordinário, de um questionamento das noções estanques e clássicas de soberania, território e de jurisdição. Inafastável a necessidade de solidariedade entre os Estados na *persecutio* da criminalidade transnacional, de cooperação. Esta ultrapassa o plano de mera cortesia entre os Estados e atinge a conservação do próprio Estado de Direito. Por isso, proclama-se um verdadeiro paradigma de "solidariedade judicial interetática" (Cervini e Polimeni). Nas novas necessidades se inclui a celebração de acordos internacionais entre países, regionais e internacionais, com adaptação da legislação doméstica à nova ordem internacional, na perspectiva da proativização (Cervini). Por isso, inafastável a solidariedade internacional, o auxílio internacional, a cooperação jurídica internacional na persecutio criminis, muito além da jurisdição doméstica, com objetivo da tutela criminal efetiva". (GIACOMOLLI, Nereu José. *Op cit*. p. 53)

[4] Cartilha "Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal", do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional" , https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/manuais/cooperacao-juridica-internacional-em-materia-penal/cartilha-penal-09-10-14-1.pdf (acesso em 23/12/2022)

dos artigos 21, I e 84, VIII da CF; o Judiciário participa da cooperação com sua atribuição constitucional nas hipóteses de extradição e de execução de sentenças e cartas rogatórias estrangeiras.

Há de se considerar que a cooperação jurídica internacional é pautada em aspectos de solidariedade, que influem na formação jurídica das sociedades.

A Constituição Federal brasileira, em seu artigo 4º, inciso IX, aponta que a "cooperação entre os povos para o progresso da humanidade" como um dos princípios que irão reger as relações internacionais do país. Da mesma maneira, o artigo 3º, I, da carta constitucional reconhece a solidariedade como um dos objetivos da República Federativa do Brasil.

Aludidos princípios, que foram introduzidos no Direito brasileiro, pela Constituição Federal de 1988, deram-se por influência do processo de constitucionalização dos direitos humanos, tendência mundial após o advento da 2ª Guerra Mundial.

Acerca do tema, pondera Flávia Piovesan[5]:

> "Ora, ao prescrever que 'os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais', a contrario sensu, a Carta de 1988 está a inserir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Esse processo de inclusão implica a incorporação pelo Texto Constitucional de tais direitos. Ao efetuar a incorporação, a Carta atribui aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional. Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados".

Nesse cenário, a cooperação jurídica internacional em matéria penal deverá estar atenta aos princípios regentes dos direitos humanos, reconhecidos historicamente como fundamentos da ordem pública internacional, e que tem como marcos: - a Carta de São Francisco de 1945 (Tratado internacional que criou a Organização das Nações Unidas); - a Declaração Universal, de 1948; - Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos, de Direitos Econômicos e Culturais e Sociais de 1966, que constituem a Carta Internacional de Direitos Humanos.

III. PROCEDIMENTOS DA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL PARA A PRODUÇÃO DE PROVA: CARTA ROGATÓRIA E O PEDIDO DE AUXÍLIO DIRETO

A cooperação jurídica internacional em matéria penal poderá ser ativa ou passiva, a depender da posição do Estado solicitante. Assim, será ativa quando a autoridade brasileira solicitar a intervenção de outro Estado, e passiva, quando o Brasil for demandado a prestar a cooperação em seu território.

Também é interessante destacar, conforme recorda Márcio Adriano Anselmo[6], que a cooperação poderá ser informal, quando não se demanda um procedimento formal de cooperação e é muito aplicável na fase pré-processual, sem intervenção do Poder Judiciário, como se dá comumente nas atividades da Interpol e do Grupo de *Egmont* (que congrega as Unidades de Inteligência Financeira).

Assim, a cooperação formal se dará quando necessária a institucionalização da via eleita ou para a validação da prova produzida ou do ato a ser executado, quando se fizer indispensável intervenção judicial, ou seja, para diligências com necessária reserva de jurisdição.

Importante destacar a figura da chamada "Autoridade Central", órgão responsável pela boa condução da cooperação jurídica que cada Estado realiza com os demais países. Cabe a Autoridade Central receber, analisar, adequar, transmitir e acompanhar o cumprimento dos pedidos de cooperação jurídica. Essa análise tem o objetivo de verificar o atendimento aos requisitos da lei do Estado requerido, bem como do tratado que fundamenta o pedido, conferindo, assim, maior agilidade ao procedimento[7].

No Brasil, o papel de "Autoridade Central" é exercido pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública e o faz por meio do "Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional" (DRCI).

Em termos de cooperação passiva, os mecanismos de cumprimento interno dos pedidos de cooperação jurídica são definidos pela lei processual de cada país.

[5] PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. Editora Saraiva, 17ª edição, 2017, p. 126.

[6] ANSELMO, Márcio Adriano. Lavagem de dinheiro e cooperação jurídica internacional. Editora Saraiva, São Paulo, 2013, p. 116.

[7] Cartilha "Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal", do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/manuais/cooperacao-juridica-internacional-em-materia-penal/cartilha-penal-09-10-14-1.pdf (acesso em 23/12/2022)

Por tal sorte, os instrumentos de cooperação e os respectivos procedimentos adotados pelo direito brasileiro não irão coincidir, necessariamente, com aqueles adotados pelas leis de outro Estado.

Outro aspecto interessante, por conta dessa realidade, é que no pedido de cooperação passivo, as autoridades brasileiras não levarão em conta o título do documento, pois a classificação da cooperação será dada pelo conteúdo do pedido, por critérios adotados na legislação brasileira.

Nesses moldes, tem-se, para a cooperação jurídica e produção da prova em matéria penal a utilização de dois mecanismos, sendo eles a carta rogatória e o pedido de auxílio direto.

Por meio da carta rogatória, autoridade judiciária estrangeira requer que seja executado no Brasil ato por ela proferido, não cabendo às autoridades brasileiras exercerem cognição de mérito sobre o que é solicitado. Pode se reportar a atos pré-processuais, à fase citatória, probatória de um processo criminal, ou mesmo para aqueles de natureza cautelar, como nas hipóteses de sequestros e arrestos de bens de investigados.

A carta rogatória servirá de instrumento para um pedido de cooperação jurídica do juízo rogante ao juízo rogado. No Brasil, a competência para proferir *exequatu*r às cartas rogatórias é do Superior Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 105, I, i, da Constituição Federal, que exercerá o chamado "juízo de delibação".

No juízo de delibação, verifica-se a adequação do pedido aos aspectos formais, bem como à ordem pública, conceito no qual se inserem a soberania e os bons costumes. Não há análise de mérito das razões que levaram a autoridade estrangeira a solicitar a realização da diligência.

O Superior Tribunal de Justiça fará a apreciação do juízo de delibação, levando em conta quatro questões: 1) competência internacional da autoridade que lavrou a decisão; 2) possibilidade de contraditório prévio; 3) ausência de coisa julgada; 4) não-ofensa à ordem pública.

Na hipótese de o juízo de delibação ser positivo, expede-se o *exequatur* (execute-se).

Em vista da disseminação da criminalidade global e transnacional, viu-se a necessidade de se criarem mecanismos mais ágeis e diversos dos mecanismos clássicos de cooperação jurídica internacional. Assim, surgiu o pedido de auxílio direto com outra forma de tramitação. O pedido é recebido pela Autoridade Central brasileira que o encaminha ao órgão responsável pelo atendimento, salvo hipótese de autorização judicial, quando é submetido inicialmente ao crivo do Ministério Público Federal, que fará o pedido ao juízo federal de primeira instância.

A natureza jurídica do auxílio direto, conforme pondera Denise Alves Abade[8], é de "demanda internacional" da parte de outro Estado, de alçada do Poder Executivo brasileiro, na gestão de relações internacionais (art. 84, IV, da Constituição brasileira). Sendo assim, em tal hipótese de auxílio todas as medidas necessárias deverão ser adotadas pelo Ministério Público Federal para auxiliar na persecução penal, podendo promover, perante o Judiciário brasileiro, irrestritamente as ações necessárias.

Desse modo, o auxílio direto diferencia-se dos demais mecanismos porque nele as autoridades brasileiras não proferem *exequatur* e nem homologam ato jurisdicional estrangeiro. Por meio deste instrumento, as autoridades brasileiras conhecem dos fatos narrados pela autoridade requerente para daí proferirem uma decisão genuinamente nacional.

Podem ser objeto de auxílio direito: obtenção de provas como a oitiva de testemunhas, a quebra de sigilo bancário, fiscal e telemático, a localização de bens e indivíduos, o sequestro de bens congelamento de contas bancárias e até a repatriação de bens ou valores remetidos ilicitamente no exterior.

Saliente-se que no pedido de auxílio direto haverá uma cognição plena do juiz brasileiro acerca do caso, estabelecendo-se o contraditório, com a disposição de todas as ferramentas processuais e recursais aos atores processuais envolvidos.

A lei aplicável, por força de princípio geral do Direito Processual Internacional, é aquela do Estado requerido, chamada *lex diligentiae*.

O Brasil, em relação a acordos bilaterais, foi signatário dos seguintes instrumentos de Assistência Jurídica Mútua em Matéria Penal : Brasil e Itália (1993); Brasil e França (1999); Brasil e Estados Unidos da América (2001); Brasil e Colômbia (2001); Brasil e Peru (2001); Brasil e Ucrânia (2006); Brasil e República da Coréia (2006); Brasil e China (2007); Brasil e Espanha (2008); Brasil e Cuba (2008); Brasil e Canadá (2009); Brasil e Suriname (2009); Brasil e Suíça (2009); Brasil e Panamá (2011); Brasil e Nigéria (2011); Brasil e Estados Unidos Mexicanos (2011); Brasil e Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte (2013); Brasil e Honduras (2013); Brasil e Bélgica (2017); Brasil e República da Turquia (2017); Brasil e Jordânia (2019).

Já na perspectiva de Acordos Multilaterais para a cooperação jurídica internacional em matéria penal, o país

[8] ABADE, Denise Neves. Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional: Extradição, Assistência Jurídica, Execução de Sentença estrangeira e transferência de presos. Editora Saraiva, São Paulo, 2013, pág. 313.

também aderiu aos seguintes protocolos : Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (1991); Convenção Interamericana para o Cumprimento de Sentenças penais no Exterior (1996); Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (1998); Convenção Interamericana contra a Fabricação e o Tráfico ilícito de Armas de Fogo, Munições, Explosivos e Outros Materiais Correlatos (1999); Convenção Sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (2000); Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais-MERCOSUL (2000); Convenção Interamericana contra a Corrupção (2002); Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (2004); Convenção Interamericana contra o Terrorismo (2005); Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (2006); Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal (2008); Acordo Complementar ao Acordo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais entre os Estados Partes do Mercosul, Bolívia e Chile (2014); Convenção de Auxílio Judiciário em Matéria Penal entre os Estados Membros da CPLP (2016); Protocolo para Eliminar o Comércio Ilícito de Produtos de Tabaco (2018).

IV. PROCESSO PENAL JUSTO. CONCEITO DE PROVA PENAL, EFICIÊNCIA E GARANTISMO

O processo penal se desenvolve inteiramente pela reconstrução de um fato passado, por meio da linguagem.

Nesse aspecto, a “busca da verdade”, ou probabilidade de ocorrência desse evento naturalístico (fato da vida), necessariamente, irá se utilizar de um canal comunicativo previsto pelo direito processual, para a sua demonstração ou verificação, tornando-se um fato jurídico processual. Esse canal comunicativo poderá ser entendido como “procedimento probatório”.

No dizer de Fabio Ramazzini Bechara: “O ciclo da prova compreende a descoberta da fonte de prova (pessoa ou coisa), a sua instrumentação através do meio de prova, o procedimento probatório, os elementos de prova”[9].

Nessa ordem de ideais, faz-se necessário diferenciar prova de elemento de informação, para se alcançar o conceito de prova transnacional.

O artigo 155 do Código de Processo Penal brasileiro, a exemplo de outros diplomas processuais estrangeiros[10], exige do juiz a formação de sua convicção em prova produzida ao contraditório judicial, “não podendo sustentar sua decisão exclusivamente em elementos colhidos na investigação, salvo a hipótese da prova cautelar, não repetível e antecipada”.

Portanto, prova é aquela produzida judicialmente e durante o processo, sendo o elemento informativo colhido durante a investigação.

Quanto ao critério do método de produção, prova se colhe durante o contraditório judicial, dialeticamente, com a participação dos atores processuais, o que não ocorre em relação aos elementos informativos.

Salienta bem Bechara, que:

tanto a prova como o elemento de informação possuem função persuasiva e cognitiva. A prova exerce uma função persuasiva em relação à formação da convicção do julgador, e uma função cognitiva em relação à demonstração da veracidade de uma afirmação. O elemento informativo possui uma função persuasiva em relação à convicção das partes, da autoridade que preside a investigação e até mesmo do julgador nas hipóteses de mero juízo de admissibilidade. A função cognitiva do elemento informativo está relacionada à demonstração da verossimilhança ou probabilidade de determinada afirmação[11].

Nesse diapasão, a prova transnacional será aquela cujo meio de prova se encontra num Estado distinto ao da autoridade competente, ou ainda quando os meios de prova de um mesmo fato se encontram em Estados diversos.

Noutro modo, as fontes de prova (pessoas ou coisas) se apresentam, na prova transnacional, nos limites da soberania de outro Estado, exigindo-se a realização da cooperação jurídica internacional.

Para a efetividade do processo, exige-se a eficiência da prova, também na perspectiva da cooperação jurídica internacional, quando se verifica pela aptidão para demonstrar algo, a relevância e a pertinência do elemento de prova que pretende extrair da fonte de prova.

Sob o viés do Garantismo, observa-se a estrita legalidade penal e o processo penal atuando como preservação das garantias individuais e direitos fundamentais dos acusados de crimes.

[9] BECHARA, Fabio Ramazzini. Cooperação jurídica internacional em matéria penal. São Paulo, Saraiva, 2011, p. 35. E complementa: “Fontes de prova são as pessoas ou coisas a partir das quais pode se extrair o dado probatório. O meio de prova é a atividade por meio da qual os dados probatórios são fixados o processo”.

[10] Nesses termos, o artigo 192 do Código de Processo Penal italiano: “192. VALUTAZINE DELLA PROVA. 2. L’esistenza de un fatto non púo essere desunta da indizi a meno che questi siano gravi, precisi e concordanti”.

[11] *Op. cit.* p. 37.

Nesse passo, oportuno mencionar o objetivo 16 "e" do Programa de Prevenção ao Crime e a Justiça Criminal da Organização das Nações Unidas (ONU) que propõe aos Estados a busca de uma "administração da Justiça mais eficiente e efetiva, com o devido respeito aos direitos humanos de todos aqueles afetados pelo crime e todos aqueles envolvidos no sistema de justiça criminal".

Definindo processo penal eficiente conclui Antônio Scarance Fernandes:

> Se o processo penal tem por fins assegurar o exercício do direito de defesa do investigado ou acusado e, simultaneamente, o interesse estatal em punir os culpados pelos delitos, será eficiente o processo penal que, de maneira global, consiga alcançar o máximo em ambas as finalidades[12].

É na busca de um processo penal marcado pela eficiência, garantidor dos direitos do acusado e os das pessoas impactadas de algum modo pelo crime, que devem nortear a produção da prova no âmbito da cooperação jurídica internacional.

V. AFIRMAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS COM VALORES UNIVERSAIS. SUPERAÇÃO DAS EVENTUAIS INCOMPATIBILIDADES DOS SISTEMAS PROBATÓRIOS

Em vista do processo histórico de universalização dos direitos humanos, criaram-se padrões normativos universais, que ao contrário de excluírem os regionalismos ou o multiculturalismo dos povos, acabaram por contemplando-os sistematicamente.

Desse modo, as diferenças culturais entre os povos, e mesmo relativas aos sistemas processuais dos países, não fazem óbice à cooperação jurídica internacional em matéria penal, especialmente em razão de quê, por força da universalização dos direitos humanos, edificaram-se princípios universais de confluência entre os sistemas processuais diversos.

Em linhas gerais, recorda Bechara, que

> o sistema probatório europeu-continental remonta suas origens ao período da inquisição, em que a verdade fazia-se por métodos irracionais, posteriormente substituídos pelo inquérito, segundo uma nova racionalidade probatória de reconstrução do fato passado. Trata-se do método inquisitivo, caracterizado pelo segredo e caráter ilimitado da pesquisa da verdade, em que a atividade probatória constituía uma busca pela confissão[13].

Posteriormente, "a reação ao modelo inquisitivo veio com o movimento iluminista do século XVIII, mais especificamente com a Revolução Francesa e a Revolução Industrial, em que a relação entre Estado e o indivíduo passa a ter uma nova concepção, não mais *ex parte principi*, mas *ex parte Populi*"[14].

Assim, o rompimento com o sistema inquisitivo surgiu com a lei francesa de 16 de setembro de 1791, com o procedimento do julgamento pelos jurados, a adoção irrestrita da oralidade, a presunção de inocência como valor fundamental, o abandono por completo da teoria da prova legal.

Já no sistema probatório anglo-americano se firmou a instituição do Júri, que se faz presente até os dias de hoje, em que a função dos jurados era de recolher informações e prestar testemunhos sobre fatos investigados. Passaram a julgar após o Concílio de Latrão, em 1215.

No sistema anglo-americano, há um sistema de exclusão de provas (*law of evidence*), que impõe um conjunto de regras de exclusão de provas. O objetivo é controlar a qualidade do material que será apresentado aos jurados, como, por exemplo, a testemunha de 'ouvir dizer' ou *hearsay*.

O procedimento do *common law* é caracterizado pelo sistema adversarial, que pressupõe uma competitividade na busca da prova. Suas principais características são: indispensabilidade da seleção do material probatório a ser valorado segundo a norma de exclusão; existência do contraditório na investigação do fato, que é de responsabilidade das partes; preponderância da prova oral sobre a prova escrita, de modo que somente é considerada prova válida a testemunha colhida oralmente perante o julgador e submetida ao confronto *(cross-examination)*.

Malgrado existam diferenças entre os principais sistemas processuais vigentes no mundo ocidental, o fato é que há um processo de harmonização dos direitos humanos que inspira a todos os sistemas processuais vigentes em diferentes países.

Assim, dá-se uma perspectiva de que o Direito Processual Penal, como ramo do Direito, serve a instrumentalização dos direitos humanos, ou seja, denota-se a existência de um processo penal convencional, no desiderato de fazer

[12] FERNANDES, Antônio Scarance. O equilíbrio na repressão ao crime organizado. p. 10-11. In: _______; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAIS, Mauricio Zanoide de. (Coords.) Crime organizado: aspectos processuais. São Paulo: RT, 2009. p. 9-28.

[13] BECHARA, Fabio Ramazzini. *Op. cit.*, p. 86.

[14] Idem .

cumprir os Tratados Internacionais que versam sobre a matéria.

VI. PROCESSO JUSTO E PROVA PENAL: "MARCO DE GARANTIAS" NA PROVA PRODUZIDA NO EXTERIOR

As garantias concebidas para a promoção e proteção dos direitos humanos no processo penal, relacionam-se a todos os atores processuais: o acusado, a vítima, a coletividade, a atividade jurisdicional e ao próprio Estado.

Mencionadas garantias, segundo Bechara: "são parâmetros a nortear o relacionamento e a convivência entre todos esses interesses e ao mesmo tempo promover o resultado mais justo possível"[15].

Também é de se considerar que as garantias fundamentais trazidas na Constituição Federal brasileira (CF/88 - promulgada em 05/10/1988) vedam a admissão no processo de prova delas violadoras, não importando se essa ofensa tenha sido produzida no exterior. Dessa forma, o Estado requerente deve respeitar a preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais insculpido no ordenamento jurídico brasileiro, conforme artigo 4º de sua Carta Política[16].

Assim, como "marco de garantias" no sistema brasileiro, nos mesmos moldes de diversos diplomas internacionais, tem-se princípios como os da presunção de inocência; direito à prova e participação do juiz na produção da prova no exterior; direito ao contraditório; igualdade de armas; direito de defesa com assistência gratuita de intérprete; duração razoável do processo; - respeito à vida privada, intimidade, inviolabilidade do domicílio.

Assim, a presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF88) é a garantia de que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sendo também, no campo probatório, uma constatação de que caberá à acusação o ônus da prova da culpa do acusado em processo penal. Dialoga também com a necessidade de observância do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF88), com a possibilidade da ampla defesa (técnica e pessoal, art. 5º, LV, CF88).

A prova penal, conforme já mencionado alhures, será aquela produzida na presença do órgão judicial, com a participação efetiva do Ministério Público e a defesa do acusado, em contraditório judicial. O contraditório, aliás, irá proporcionar a efetivação de um processo penal democrático, contemplando às partes litigantes as possibilidades irrestritas de conhecer e refutar tudo o que venha a ser colhido e trazido ao processo, inaugurando um diálogo processual que reduz o próprio risco de erro judiciário.

Em relação à igualdade de armas faz com que o acusado tenha igual possibilidade de propositura de provas que é conferida à acusação, podendo apresentar documentos, arrolar idêntico número de testemunhas ou solicitar perícia.

No que pertine à duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF88), trata-se de garantia já prevista na Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), do Pacto de Direitos Civis e Políticos (1966), Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950) e Convenção Interamericana de Direitos Civis e Políticos e se reporta à garantia da dignidade do acusado, que quando preso, deverá ser julgado em prazo razoável, não podendo ser eternizadas as prisões e medidas cautelares de natureza pessoal, que quando aplicadas em abuso, violam o direito fundamental à liberdade, que é regra, e não exceção, no Estado Democrático de Direito.

Quanto ao direito gratuito de um intérprete, tanto o Pacto de Direitos Civis e Políticos (1966), Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950) asseguram a participação das partes no processo por meio de um intérprete, possibilitando-as que conheçam a língua empregada no processo.

Por fim, quanto à garantia do respeito à vida privada, intimidade e a inviolabilidade do domicílio também possuem respaldo constitucional (art. 5º, inciso X, CF88), somente podendo ser afastada em situações excepcionais, tais como hipóteses de buscas domiciliares e interceptações telefônicas devidamente fundamentadas e respaldadas em ordem judicial.

Dessa forma, para que se alcance a eficácia da prova produzida no exterior, também se faz necessário o respeito ao "marco de garantias" que se dá em obediência ao padrão normativo universal de colheita da prova, em homenagem aos direitos humanos.

---

[15] BECHARA, Fabio Ramazzini. *Op. cit.*, p. 92.

[16] Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político. Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

VII. NOVAS PERSPECTIVAS RELACIONADAS À SOBERANIA E ORDEM PÚBLICA NACIONAL

A perspectiva de que a soberania do Estado, que em sua esfera de dominação, pode decidir-se independentemente de qualquer modo de controle, resta superada pela nova ordem jurídica universal.

Esse paradigma do soberanismo ou da coexistência desigual serviu até ides de 1945, conforme leciona Nereu José Giacomolli, não mais podendo ser aplicado aos dias atuais:

> O modelo Westfaliano (Paz de Westfália) criado a partir dos Tratados de Munster (1648) e Osnabruck (1648), passando pelo Tratado Germânico (França e Suécia) e dos Pirineus (1659), envolvendo a França e a Espanha, bem como pelo Congresso de Viena de 1815 e pelo Tratado de Versalhes de 1919, entrou em declínio após 1945. Era um modelo marcado pelo conflito religioso como uma questão de Estado, pela paz e equilíbrio de poder entre as nações. Trata-se de um paradigma delimitado de soberania de exclusão, da rivalidade, do Estado-Nação, de território, com poucas necessidades de cooperação na área jurídica. Esse modelo foi cedendo à formação de um novo paradigma, forjado no desequilíbrio de poder, o que ensejou a necessidade de Instituições supranacionais e da solidariedade nacional à afirmação dos Estados de Direito.[17]

Aliás, o conceito de soberania, inicialmente político, foi deslocado para o campo do direito, no sentido de que representa "a capacidade exclusiva do Estado de autodeterminação e autovinculação jurídica".[18]

Após a Segunda Guerra Mundial os elementos de direito constitucional devem ser relativizados para coexistir nas relações entre países os princípios de fraternidade universal, de uma nova ordem jurídica mundial, em que os direitos fundamentais implicam a autolimitação da soberania.

Da mesma maneira, o conceito de ordem pública, definido como conjunto de valorações de caráter político, social, econômico ou moral, próprio de uma comunidade determinada, também apresenta aspecto volátil[19] e não deverá, em regra, ser utilizado de modo a impedir a cooperação jurídica internacional em matéria judiciária, especialmente penal.

Como observa Silvio Antônio Marques, o combate aos crimes e ilícitos graves além das fronteiras territoriais de cada país não significa qualquer mitigação da soberania, pois, ao permitir que seja cumprida uma decisão ou sentença estrangeira em seu território, o Estado requerido reafirma seu poder. Afinal, se não houvesse soberania, essa permissão seria dispensável[20].

Dessa maneira, posteriormente a segunda metade do século XX, o fenômeno da transnacionalidade do crime fez emergir um novo paradigma de cooperação, pautado na "cooperação interessada", quando a cooperação jurídica internacional em matéria penal deve acompanhar a "juridificação" das relações internacionais, ou aceitação da *rule of law*, quando os conflitos em uma sociedade devem ser resolvidos de acordo com o Direito.

Assim, foi se formando um marco jurídico regulatório, quando os Estados negociam diversos tratados (multilaterais, regionais e ainda bilaterais) sob as mais diversas espécies. Conforme leciona Denise Alves Abade, pelo paradigma da cooperação interessada, "os Estados negociam tratados, estruturam órgãos internos responsáveis pela operacionalização dos pleitos cooperacionais (nascem as Autoridades Centrais) e ainda buscam regrar de maneira clara os motivos para a eventual denegação da cooperação"[21].

Não bastasse, em situação diametralmente oposta ao paradigma do soberanismo, surgiram os paradigmas da confiança e reconhecimento mútuo, quando os Estados cada vez mais atuam no sentido de incrementar a cooperação, inclusive pela modificação de sistemas jurídicos internos de modo a que se tenha a homogeneização de regras processuais penais, sem qualquer ofensa ao sistema jurídico interno.

VIII. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE E DA DUPLA INCRIMINAÇÃO

Em cooperação jurídica internacional em matéria penal, o princípio da especialidade dispõe que as provas obtidas por meio da cooperação jurídica internacional somente poderão ser utilizadas no procedimento que ensejou o pedido.

[17] GIACOMOLLI, Nereu José. *Op. cit*, p. 52.
[18] FERRIS, Remédio Sanches. El Estado Constitucional y su sistema de fuentes. Valencia. Tirant Io Blanch, 2002, pág. 261, apud Bechara, *op. cit*, p. 131.
[19] É o caso, por exemplo, das sentenças de divórcio, que por serem contrárias a "ordem pública" não eram homologadas no Brasil antes do advento da Lei do divórcio.
[20] MARQUES, Silvio Antonio. Improbidade administrativa: ação civil e cooperação jurídica internacional. São Paulo, Editora Saraiva, 2010. p. 235.
[21] ABADE, Denise Neves. *Op.cit*,, p. 62.

A não observância de tal princípio pode acarretar a ruptura do acordo de cooperação e tem por base a preservação de princípios de um padrão normativo universal de produção da prova, evitando-se, por exemplo, a utilização da prova emprestada em procedimentos nos quais não houve a participação da parte na colheita das provas.

Exceção a essa regra da especialidade, poderá ser aplicada por meio de um "pedido de compartilhamento" ao Estado requerido, através da Autoridade Central.

Nesse pedido de compartilhamento, deve ser mencionado o procedimento em que se originou a solicitação de assistência jurídica internacional e que produziu as provas; o procedimento no qual se utilizará as provas; conterá a descrição dos tipos penais investigados no procedimento que receberá as provas, bem como um resumo dos fatos e as razões para a autorização do pedido de compartilhamento.

Em relação à dupla incriminação, reporta-se ao fato de que diversos países somente prestam cooperação jurídica quando verificam que a conduta investigada no Estado requerente também constitui crime no Estado requerido. Todavia, tal realidade vem sendo desprezada em diversos acordos bilaterais ou multilaterais, como é o caso de cooperação jurídica dos Estados do Mercosul[22].

IX. CONCLUSÃO

A cooperação jurídica internacional, para a produção da prova penal no estrangeiro deverá se pautar em princípios universais de direitos humanos representados em tratados internacionais.

Referidos princípios constituem um "marco de garantias", conferindo um padrão universal para a colheita da prova que respeite a primados como a da presunção de inocência, o direito à prova e a participação de um juiz na colheita da prova, o contraditório e assim o devido processo legal enquanto cadeia de custódia dessa prova a ser produzida.

As perspectivas de um Processo Penal a ser edificado na contemporaneidade, em vista de fenômenos como a globalização e a consequente criminalidade transnacional, apontam para uma releitura constante dos direitos convencionais, direitos humanos das vítimas e dos acusados de crimes, levando sempre as bandeiras da Eficiência e do Garantismo, no desiderato de se alcançar o processo penal justo.

REFERENCES

[1] Bechara, Fábio Ramazzini. **Cooperação jurídica internacional em matéria penal**. São Paulo, Saraiva, 2011.

[2] Anselmo, Márcio Adriano. **Lavagem de dinheiro e cooperação Jurídica internacional**. São Paulo, Saraiva, 2013.

[3] Fernandes, Antônio Scarance. **O equilíbrio na repressão ao crime organizado**. p. 10-11. In: _______; ALMEIDA, José Raul Gavião de; Morais, Mauricio Zanoide de. (Coords.) Crime organizado: aspectos processuais. São Paulo: RT, 2009

[4] Marques, Silvio Antônio. **Improbidade administrativa: ação civil e cooperação jurídica internacional**. São Paulo, Editora Saraiva, 2010

[5] Mazzuoli, Valerio de Oliveira Mazzuoli. **Direito dos Tratados**. 2.ª edição, Gen Editora Forense, Rio de Janeiro, 2014.

[6] PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. Editora Saraiva, 17ª edição, 2017.

[7] Prado, Geraldo *et al*. **Prova Penal**. Rei dos Livros e Empório do Direito, Florianópolis, 2015.

[8] Ramos, André de Carvalho. **Teoria Geral dos direitos humanos na ordem internacional**. São Paulo, Saraiva, 6.ª edição, 2016.

[9] **Cartilha "Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal"**, do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional: https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/manuais/cooperacao-juridica-internacional-em-materia-penal/cartilha-penal-09-10-14-1.pdf (acesso em 23/12/2022).

[10] **Acordos bilaterais de cooperação jurídica internacional em matéria penal** (site do Ministério da Justiça do Governo do Brasil: https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/cooperacao-internacional/cooperacao-juridica-internacional-em-materia-penal/acordos-internacionais/acordos-bilaterais-1 (acesso em 06/12/2022)

[11] **Acordos multilaterais de cooperação jurídica internacional em matéria penal** (site do Ministério da Justiça do Governo do Brasil: https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/cooperacao-internacional/cooperacao-juridica-internacional-em-materia-penal/acordos-internacionais/acordos-multilaterais-1 (acesso em 06/12/2022).

[22] Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais para o Mercosul, promulgado pelo Decreto nº 3468, de 17 de maio de 2000, diz o Art. 1º - 4. "A assistência será prestada mesmo quando as condutas não constituam delitos no Estado requerido, sem prejuízo do previsto nos artigos 22 e 23".